

软法权利的救济手段

戚 婵

摘 要:新中国成立初期就已形成软法的雏形,但直至改革开放后,软法才开始真正繁荣昌盛,由于软法不依据国家强制力实现、弹性较大等特点,为软法权利的救济带来一定的困扰。本文旨在通过分析软法的本质成因,试图寻求适合软法自身特点的权利救济手段。

关键词:软法;本质;软法权利;救济手段

中图分类号:D920

文献标识码:A

文章编号:1671-6531 (2014) 12-0017-02

一、软法的定义及其本质

“软法”一词最先使用于国际法研究领域,其英文名称为 softlaw,与 hardlaw 是对称性概念。软法作为与传统的“hard-law”性质不同的另一类法律,产生于 20 世纪中期,典型的“softlaw”有 1974 年联合国大会通过的《各国经济权利和义务宪章》等。弗朗西斯·施耐德(Francis Snyder)在 1994 年为软法下了定义:软法是原则上没有法律约束力但有实际效力的行为规则^[1]。而最早涉及软法研究的国外学者主要有美国“伯克利学派”代表人物赛尔兹尼克,他早在 1973 年发表的“关于现代社会与回应型法”(responsivelaw)的讲演中部分地涉及了软法的概念,之后,于 1978 年在他与诺内特合著的《转变中的法律与社会》中将社会中的法律区分为三种类型或基本状态,即压制型法、自治型法和回应型法。其中可以大体上将压制型法律和回应型法律分别理解为硬法和软法,也就是说将作为压制性权力的工具的法律视为“硬法”,而把作为回应各种社会需要和愿望的一种便利工具的法律视为“软法”。而软法也有其自身的性质,以下分为三点论述。

(一)软法是政治权利意志的体现

人类存在于社会,自然就会有矛盾和争夺,也就需要有统治来体谅和满足人与人之间的不同愿望和需求。因此,统治是人类政治社会的基本事实和基本现象。从经验观察的角度,我们甚至可以从诸如猴群、狮群等动物群落中观察到统治力量的存在。那么,生而具有自然属性且后天牵涉利益观念的人类,自然而然地生活在统治之下,这就是对政治权力的经验性证明。出于政治统治的需要,软法的立法者便制定或者承认软法。法律作为一种主要的政治统治工具,其最基本的用途就是赋予或者承认权利,并与此同时课加义务。权利的基本要素是利益、行为自由和意志,这些构成了一个主客观统一的价值范畴和关系范畴。人类社会永恒的矛盾缘由是利益分配上的差异和争夺,由此可见,硬法的基本成因是由这种矛盾必然导致利益冲突中的一个利益共同体对非共同体成员的行为自由的禁止和限制。相对于硬法成因而言,软法的成因则是即使是在同一个利益共同体内存在矛盾与纠纷,也需要对共同体成员进行引导来实现利益的最大化。在更具长远眼光的政治家眼中,政治权力意志具备越多软法的要素,其政治统治也就越长久和越稳定。在此之中,不论是禁止方式的不同,还是引导方式有差异,都总是体现为个别人或者一部分人将自己的意志叠加在其他人的意志之上,从而以一种外化的共同意志保障实现统一的行动自由。统治阶级将自己意志强加在他人意志之上的形式可以是强加的,也可以是非强加的。强加的意志通常通过主权者的命令体现为压制的与强迫的;而非强加的意志则通过共同体内部的商谈、协议和默契,其回应性比强加的意志较高,为更多的群体和场合所选择。

(二)软法是具有非正式效力的法律规范

对于法律的效力问题,我国传统的法律理论只是探及法律效力的范围问题,即只是说明和阐述了法律形式效力所指向的时空要素,而并非法律效力本身。谢晖教授认为,法律效力是内含于法律规范中的对法律调整对象产生作用的能力,法律效力的终极动力源头在于主体对法律规定的自觉^[2]。当然,任何事物都有实质和形式两个方面。法律的效力问题如此,就软法的效力问题也一样。例如我们常见的中国法律文件中普遍存在的仅有法律权利的实体宣言,但是却没有设置救济途径和建立相应保障机构或者财政支持的法律规范,就是一种软法规则。其特点是虽然不具有制定法形式上的文本可操作性,但是在实质上却被主体认知且予以遵守。换言之,如果此类软法规则能够并且实际地对法律调整对象发生作用,就具有法律实质效力。尽管数量或者程度上存在不同,但在任何一个社会的政治法律结构中都需要也真正存在着这种欠缺正式法律效力的软法。

利益格局的发展随着中国社会的变迁而演变,利益争夺引起的占有需求和权利表达以越来越多元化的状态呈现。正如民众要求政府公权退让以使其获得更多的消极自由,行使其作为社会人的自由权利;而在社会主体之间确实发生矛盾纠纷时,又迫不及待地需要一个权威统治者来协调与整合,有时民众渴求的甚至是一个能够凌驾于所有国家机关防治统治失效的超能驾驭者。于是,在一国中原有的以分权为目的的法律便逐渐被遗忘,原有的法律不被任何人或者组织尊重或者需求的时候,法律效力的消解或者欠缺就是自然而然的事情。而软法虽然不具有正式的法律效力,却以其亲民、无所不在以及便于适用的优点正越来越深刻地影响公民的生活。

(三)软法是特定的共同利益的必然反映

在任何时候,法律效力所指向的对象都可以分为两种:一种是公权力,另一种是普通民众的利益。由此可见,法律可以分为两大类:一类是为“主权者”——广义的政府和官员设置职权和职责,其中不管是否以法律的外表形式规定职权,都能够明显地显示出国家暴力的背景。相对而言,软法却无论是否具有法律这层衣裳,都显得软弱无力。另一类是为作为行政管理对象的普通民众规定权利与义务的法律。恰恰与前者相反,软弱无力的软法通常是规定民众权利的法,而对民众设置义务的法律却无处不彰显国家暴力。正如马克思主义经典作家所阐述的“由他们的共同利益所决定的这种意志的体现,就是法律”^[3]。

综上所述,所谓软法,是指不依赖或者不直接依赖国家强制力实施的,主要依靠团体成员自我约束得以实现的某种规范文件或者机制^[4]。此种法律来源于国家和社会之间的共同价值和文化精神,较之硬法更贴近民众,不以国家强制力为后盾,主要依靠社会成员自身的合意,从而达到自我约束、共同

戚婵/厦门大学法学院在读博士(福建厦门 361005)。

体的制度约束、社会舆论及利益驱动等机制来实现。它同样具有普遍约束力,以其“柔弱如水”的特性在社会中蔓延开来,即使中国社会自身发展规律所酝酿的产物,也符合普通民众的生产需求。

二、软法生长的条件

中国的法律制度在漫长的酝酿和发展过程中,从来不乏异于传统文化的激进和浪漫,经过改革开放的30余年——这个从一元的国家中心主义向多元的公共治理模式转变的30余年,软法应公共治理模式的呼唤而生。相对于公共管理与国家管理而言,公共治理更加需要民主作为其基础,因此,公共治理不仅在范围上还是程度上,都应当以更加多元的方式反映群众的诉求并满足群众渴望公平的心理。软法应社会治理、国际一体化等的发展需求,促成公共治理模式的确立,其实质就是直接推动政治民主化。这样,“社会成为一个相对独立的提供发展和机会的源泉”,不同的利益在其中得到彰显。公共治理模式的兴起内生要求软法的治理;第一,国家和社会关系之间的调整 and 变化也丰富了法律的形式。传统硬法所依赖的以国家强制力为基础的义务性逐渐降低,法律的引导职能往往通过精确性不高的软法或者是软性条款而非硬法或者硬性条款来体现。第二,社会生活的复杂性导致难以满足硬法精确性要求,国家往往会以“纲要”“意见”等其他非法律规范的软法形式取代硬法。

软法成为中国法治现代化本土资源中的正式部分,构成改革开放时代主流意识形态的核心部分,不仅促进了公民法律意识水平的提高,初步梳理法治信仰,而且成为市民社会和农民阶级抵抗政治肆意妄为的合法武器。它有效刺激了对于法治的社会需求,作为一种社会生产力参与实际的社会化生产过程并对国家的社会与经济发展产生了巨大的影响。

三、软法权利的救济手段

从实际出发,我们应当慎重对待和仔细斟酌软法权利救济的方式。

(一)协商与对话

在软法形成阶段,软法的制定者将有关文本草案公之于众征求意见、召集关于软法制定的听证会等;在软法实施过程中,也越来越着重适用行政指导、协商执法等软性执法方式;在社会公众和社会组织方面,以互相协商、调解、听证等方式维护自身合法权益,而不是采取诉讼、暴力抗法等方式作为软法权益受损后的救济手段和途径。由此可见,协商与对话是贯穿于软法运作的始终,它不仅仅是软法启动和运行的保障,更是软法权利救济的重要方式。

尤其在行政执法领域中,协商与对话等软法救济机制可以有效地弥补《行政诉讼法》《行政复议法》等硬法救济程序中的刚性有余、柔性不足的缺陷和弊端^[5],建设性的交流,摒弃陈词滥调,诚实地传递思想,注意倾听并理解他人。

(二)申诉、上访和请愿

申诉,就最广泛的含义而言,是指公民或者企业事业等单位,认为软法实施者对某一问题的处理结果不正确,而向国家的有关机关申述理由,请求重新处理的行为。硬法场域下的申诉主要指诉讼上的申诉,而软法场域下的申诉是指非诉讼上的申诉,是指公民或者企业事业等单位,因本身的合法权益问题不服行政部门的处理、处罚或者纪律处分,而向该部门或

其上级机关提出要求重新处理、予以纠正的行为。在软法权利救济领域中,受到纪律处分的往往是执政党成员和政府公务人员,这种处分如果侵犯了被处分者的软法权利,往往也通过申诉渠道和途径予以救济。在这一方面,相关制度主要被规定在《公务员行政处分条例》中。

上访,又称信访,即社会组织或者社会大众越过相关基层国家机关到上级机关反映问题并寻求解决的一种途径。上访在我国有着悠久的历史,是一种特殊的政治表达方式,往往群众的基本意向是想向上级主管部门反映其意见和诉求,是对上级主管部门的信任体现,也是上级主管部门可以直接了解民意、关注民生的一种重要捷径。根据上访的事件起因可分为有理上访和无理上访,从总体上看大多数问题起因是群众的诉求在当地政府得不到公平的解决或解决不合理,并时有暴力因素掺杂其中。因此,相对自主的社会内部,国家不再是单一的社会结构,而是由多个子系统所组成的多元系统,他们成为治理模式的主体^[6]。在多元的社会子系统内部,上访作为离散的、持续反思的软法权利救济手段有其内在的合理性和必要性。

在现代民主制度中,请愿权具有广泛性、自愿性、公共性及参与性,与言论、出版、集会、结社、游行、示威等权利实际上是一种形式和内容的关系,它是公民应当享有的一项基本政治权利。

四、结语

软法治理的道理与硬法治理一样,同样涉及对相对人的软法层面上相关权益的处分,因此也会同时存在软权力滥用的情况,这就必然需要对软权力进行监督和思考如何救济受损的软法权利。按照软法之治的基本机制,软法治理下的社会成员只能在软法自治体系内寻求救济,不可以将纠纷诉诸如行政复议、行政诉讼、其他诉讼方式等硬法救济机制。并且值得引起关注的是,硬法争议一般最后可以寻求国家司法审判权力的裁判,以国家强制力保障硬法的权威性。而软法的争议往往是由民间调解组织、仲裁机构处理或共同体内部的监督救济或双方协商解决。一些类型的软法在自我施行的同时,通过其他正式的立法程序,由硬法来间接实现,因此,软法的软法权利与义务在某些方面仍然要接受硬法的规制。虽然软法的权益纠纷一般最终不能诉诸法院,但也无法绝对排斥司法审判的最终裁决,且硬法裁决下的软法权利往往会因为裁决本身的难于执行而大打折扣。

所以,在利益多元化的社会中,我们应当寻求合理多元主义,对软法权利的救济疏而不堵,寻求更好的解决方法。

参考文献:

- [1]梁剑兵,张新华.软法的一般原理[M].法律出版社,2012:45.
- [2]谢晖.论法律效力[J].江苏社会科学,2003(5).
- [3]张文显.法理学[M].高等教育出版社,2003:56-57.
- [4]罗豪才.公共治理的崛起呼唤软法之治[J].政府法制,2009(5):13.
- [5]梁剑兵,张新华.软法的一般原理[M].法律出版社,2012:252.
- [6]翟小波.“软法”及其概念之证成——以公共治理为背景[J].法律科学,2007(2):6.

责任编辑:魏明程